



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2017-03-08
Meddelad i Linköping

Mål nr
365-17

SÖKANDE

Bruynzeel Storage Systems AB, 556207-1729
Box 2140
433 02 Sävedalen

Ombud: Peter Larsson

MOTPART

Tekniska verken i Linköping AB, 556004-9727

Ombud: Advokat Kristian Pedersen jurist Johan Falk
Advokatfirman Kahn Pedersen KB
Box 16119
103 23 Stockholm

SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF

KONKURRENSVERKET	
2017-03-08	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 280654

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00
E-post: forvaltningsrattenilinkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenilinkoping.domstol.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag-fredag
08:00-16:00

ANSÖKAN M.M.

Tekniska verken i Linköping AB (Tekniska verken) genomför upphandlingen Centralarkiv (ref. nr 2016-02-05) genom direktupphandling enligt 15 kap. LUF. Bruynzeel Storage Systems AB (Bolaget) har lämnat anbud i upphandlingen. Enligt tilldelningsbeslut den 18 januari 2017 har anbud från Senab AB (Senab) antagits.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar därvid att upphandlingen ska rättas alternativt göras om.

Tekniska verken bestrider Bolagets yrkanden.

VAD PARTERNA HAR ANFÖRT

Bolaget

Beskrivningen av punkten Utvärdering i förfrågningsunderlaget är alltför svepande, då den inte anger viktning av pris och funktion eller vad som tillmätts värde utöver de angivna kraven. Genom att inte tydliggöra utvärderingskriterierna har Tekniska verken brutit mot LUF. Samtliga anbud avviker avsevärt i utförande från varandra och spridningen i pris ligger i spannet 423 050–1 108 800 kr. Bolaget har inte kunnat förutse vilka parametrar Tekniska verken tillmäter betydelse. Upphandlingen är behäftad med sådana brister att den borde göras om.

Senab har lämnat två alternativa anbud. Därmed har Senab haft större möjlighet att uppfylla Tekniska verkens behov. Övriga leverantörer medges enligt LUF endast ett anbud och har förfördelats. Hade förfrågningsunderlaget varit tydligare hade behovet av att lämna flera anbud rimligen inte fun-

nits. Tekniska verken har brutit mot 6 kap. 10 § LUF genom att utvärdera Senabs anbud.

Tekniska verken har ställt krav i upphandlingen på att produkterna ska vara testade enligt GS och RAL. Det anges att alla gällande säkerhetskrav ska vara uppfyllda. GS och RAL är två fristående certifieringar som inte går att likställa. Därmed är kravet inte alternativt. På det tyska institutet RAL:s hemsida redovisas provade leverantörer. Ingen av de övriga leverantörerna återfinns i uppställningen. Senab har inte i anbudet eller på annat sätt visat certifiering enligt RAL. Senabs anbud borde därför inte ha utvärderats. Genom att inte följa de krav som anges i förfrågningsunderlaget har Tekniska verken brutit mot LUF.

Bolaget har lidit skada genom att inte erhålla tilldelning.

Bolaget har inspekterat lokalen på plats i november 2016. Det vitsordas att besöket gjordes före annonseringen av upphandlingen. Avsikten med besöket var att inhämta upplysningar och se över lokalen för att lämna anbud. Processen startades av Tekniska verken före den formella annonseringen, vilket inte är konstigt då formen är direktupphandling.

Tekniska verken

I och med att det rör sig om en direktupphandling är inga förfarandebestämmelser i LUF tillämpliga. Att Tekniska verken har valt att infordra anbud innebär inte att några förfarandebestämmelser blir tillämpliga. Tekniska verken har ingen skyldighet att tillämpa några tilldelningskriterier. De använda tilldelningskriterierna är hur som helst förenliga med LUF. I upphandlingen är kriteriet kvalitet på den erbjudna lösningen högst prioriterad följt av kriteriet erbjudet pris. Eventuella brister går i vart fall inte utöver

vad som får anses acceptabelt enligt de grundläggande principerna i LUF och praxis (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Bestämmelserna i 6 kap. 10 § LUF är inte tillämpliga på upphandlingen. Det har varit möjligt för Senab och andra anbudsgivare att lämna alternativa anbud. Anbuden från Senab avser olika tekniska lösningar och är båda förenliga med förfrågningsunderlaget.

Kravet avseende säkerhet är uppställt i en bilaga med avtalsvillkor. Bilagan är inte en integrerad del av förfrågningsunderlaget. Istället rör det sig om ett villkor som reglerar hur produkterna ska vara beskaffade vid leverans, dvs. under avtalstiden. Kravet behöver inte vara uppfyllt under upphandlingen. Certifikaten GS och RAL är alternativa. För att uppfylla kravet är det tillräckligt att produkterna är certifierade enligt GS, RAL eller likvärdigt system. Senab har klargjort att Senab har certifiering enligt GS och att de aktuella hyllsystemen levereras enligt RAL. Senab uppfyller kravet, oavsett vilken rättslig form kravet har.

Bolaget har inte konkretiserat sin skada. Tekniska verken skulle ha kunnat vända sig direkt till Senab. Bolaget skulle då inte ha fått möjlighet att inkomma med något anbud i upphandlingen. Genom att Tekniska verken har konkurrensutsatt upphandlingen utöver vad LUF kräver har Bolaget hamnat i ett bättre läge än om Tekniska verken vänt sig direkt till Senab. Bolaget kan därför inte lida någon upphandlingsrättsligt relevant skada.

Bolaget besökte Tekniska verken närmare en månad innan upphandlingen annonserades. Lokalen för centralarkivet var då inte färdigställd och kunde de facto inte inspekteras. Den relevanta tidpunkten för kravuppfyllelse inföll efter det att upphandlingen annonserades. Dessförinnan fanns inget krav som kunde uppfyllas. Bolaget kan således omöjligen uppfylla det avtalsvillkor som Tekniska verken har uppställt i bilagan med avtalsvillkor. Om för-

valtningsrätten gör bedömningen att bilagan utgör obligatoriska krav, skulle Bolagets anbud rätteligen ha förkastats eftersom det inte uppfyller samtliga krav i upphandlingen. Bolaget kan då inte lida skada för det fall Tekniska verken skulle ha brutit mot LUF, vilket bestrids.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

Lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna trädde ikraft den 1 januari 2017 varvid lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) upphävdes. Den upphävda lagen gäller dock för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet. Av utredningen i målet framgår att förevarande upphandling påbörjades under 2016.

Enligt 2 kap. 8 § LUF avses med förfrågningsunderlag sådant underlag för anbud som en upphandlande enhet tillhandahåller en leverantör.

Enligt 2 kap. 26 § LUF avses med direktupphandling en upphandling utan krav på anbud i viss form.

I 15 kap. 3 § LUF regleras de tre upphandlingsformer som är tillämpliga vid upphandling enligt kapitlet, däribland direktupphandling, som får användas i vissa angivna situationer.

I 15 kap. 16 § anges bl.a. följande. En upphandlande enhet ska anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande enheten, eller det anbud som har lägst pris. Bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ska göras enligt 12 kap. 1 § andra stycket. Den upphandlande enheten ska antingen ange hur de olika kriterier-

na som avses i 12 kap. 1 § andra stycket viktas vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller ange kriterierna i fallande prioritetsordning. Kriterieviktningen eller prioritetsordningen ska anges i annonsen om upphandling, i ansökningsinbjudan eller i förfrågningsunderlaget.

Enligt 16 kap. 6 § LUF ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i LUF och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Förfrågningsunderlaget

Under rubriken utvärdering i anges följande. Anbuderna utvärderas utifrån en avvägning mellan pris och kvalitet, det vill säga vilka som bäst anses uppfylla beställarens behov och samtidigt är det mest ekonomiskt fördelaktiga.

I dokumentet Kravspecifikation inköp hyllsystem till centralarkiv Brogatan, Tekniska verken anges bl.a. att leverantören ska innan anbud inspektera lokalen på plats.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten konstaterar att en direktupphandling kan innebära att den upphandlande enheten träffar avtal om köp direkt med en leverantör utan någon form av konkurrensutsättning. Inget hindrar dock att en direktupphandling föregås av att skriftliga anbud begärs in från flera leverantörer. När en upphandlande enhet direktupphandlar har enheten att iaktta de bestämmelser som gäller för upphandlingsformen däribland de EU-rättsliga principerna. Hur de EU-rättsliga principerna ska tillämpas vid direktupphand-

lingar är inte klarlagt i praxis. Kraven på förfarandet bör dock av naturliga skäl inte ställas lika högt som vid upphandlingsförfaranden med krav på annonsering.

Ett grundkrav för att förvaltningsrätten ska kunna besluta om något ingripande mot upphandlingen är att Bolaget har lidit eller riskerar att lida skada. Tekniska verken har därvid invänt att Bolaget inte uppfyller alla obligatoriska krav i upphandlingen och av denna anledning inte varit aktuellt för kontraktstilldelning alldeles oavsett om något påstått fel förekommit under upphandlingsförfarandet. Kammarrättspraxis rörande frågan huruvida nya invändningar från en upphandlande enhet mot en sökandes anbud kan beaktas inom ramen för en överprövningsprocess är inte enhetlig (se bl.a. Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 924-12 med däri angivna kammarrättsavgöranden). Med beaktande av vad parterna anfört i målet, effektivitetsskäl samt den aktuella upphandlingsformen finner dock förvaltningsrätten att invändningen ifråga bör sakprövas.

Det aktuella kravet rörande inspektion av lokal på plats utgör enligt förvaltningsrätten ett obligatoriskt krav som ska uppfyllas innan anbudsgivning. Någon exakt tidpunkt när ett sådant besök ska ske finns dock inte angivet i förfrågningsunderlaget. Mot bakgrund härav, de uppgifter som framkommit att Bolaget på Tekniska verkens initiativ besökt lokalen med anledning av kommande upphandling samt det förhållandet att Tekniska verken vid sin tidigare prövning på samma underlag funnit att Bolaget uppfyllt ifrågavarande krav bedömer förvaltningsrätten att Bolaget uppfyller kravet ifråga. Vad därefter gäller Bolagets invändningar kan följande sägas.

I upphandlingen har Tekniska verken valt att tillhandahålla leverantörer ett förfrågningsunderlag (se 2 kap. 8 § LUF), enligt vilket tilldelningsgrunden i upphandlingen är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Enligt 15 kap. 16 § LUF ska förfrågningsunderlaget i ett sådant fall innehålla uppgift om

hur bedömningskriterierna viktas eller också ska bedömningskriterierna anges i fallande prioritetsordning. Såsom Tekniska verken utformat sin utvärderingsmodell har man endast förbundit sig att göra en "avvägning" mellan pris och kvalitet utan att precisera varken viktning eller hur nämnda två bedömningskriterier förhåller sig till varandra i prioritet. Förfrågningsunderlagets utformning strider därmed mot LUF:s krav. Vad Tekniska verken har anfört om utformningen och att en eventuell brist bör kunna accepteras föranleder ingen annan bedömning.

Enligt Bolaget medför bristerna i förfrågningsunderlaget att Bolaget inte har kunnat förutse vilka parametrar som Tekniska verken tillmäter betydelse i utvärderingen. Förvaltningsrätten finner inte skäl att ifrågasätta att bristerna har påverkat Bolagets möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Bolaget får därmed anses lidit eller kan komma att lida skada på grund av aktuell överträdelse i den bemärkelse som avses i 16 kap. 6 § LUF. Vad Tekniska verken har anfört om att Bolaget hamnat i ett bättre läge genom anbudsinvändningar förändrar inte bedömningen eftersom förvaltningsrätten har att bedöma upphandlingen utifrån de faktiska omständigheter som föreligger.

Vid angivna förhållanden föreligger grund för ingripande mot upphandlingen. Då bristen hänförs till det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen är det inte tillräckligt med rättelse, utan upphandlingen måste göras om. Vid detta slut saknar förvaltningsrätten anledning att pröva Bolagets invändningar mot den vinnande leverantörens anbud.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D LOU).

Tomas Kjellgren

Rådman

Föredragande: Carl Hultsberg



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

